

---

# **LA ACTUACION NOTARIAL COMO MEDIDA ALTERNATIVA EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS**

---

*RADHYS ABREU DE POLANCO: Es Abogado Notario de los del Número del Distrito Nacional. Presidenta de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino. Tiene especialidad en Criminología y Derecho Penitenciario; en Derechos Humanos y otras áreas de la Ciencia Jurídica. Ha participado como dictante en diversas conferencias internacionales sobre las áreas de su especialidad y es miembro del personal del servicio exterior dominicano adscrito en la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores (Cancillería).*

# **LA ACTUACION NOTARIAL COMO MEDIDA ALTERNATIVA EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS**

por Radhys Abreu de Polanco

**E**n muchos países cuyos notariados siguen el sistema jurídico de tipo latino, muchas de las funciones que eran competencia de los jueces las desempeñan los notarios.

Ha sido aspiración del notariado latino que sean atribuidas a la competencia notarial exclusiva, todos aquellos actos actualmente de Jurisdicción Voluntaria regulados en las leyes procesales civiles, siempre que puedan ser desempeñados por el notariado sin desvirtuar la función notarial tal como viene siendo entendida internacionalmente desde el Ier. Congreso Internacional Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, hasta el XX Congreso celebrado en Cartagena en 1992, cuando han tratado este tema.

Durante ese lapso, entre 1948-1992, algunos notariados (Guatemala, Colombia, México, Ecuador, Cuba) han alcanzado reformas legislativas que les permiten la competencia exclusiva en diversos actos que antes eran potestad judicial; y en otros casos lograron, al menos, que la competencia en diversos negocios jurídicos fuese concurrente, ya que los interesados podrían optar por hacer sus trámites en sede notarial o en los tribunales.

La Jurisdicción Voluntaria o graciosa, como la encontramos en nuestro Código de Procedimiento Civil, a propósito de las adjudicaciones (artículos 749 y siguientes), protección de incapaces y ausentes (artículos 859 y siguientes), son actos judiciales no contenciosos y son los que, según la ley, requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes, pero sí corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley requiera su intervención.

El término Jurisdicción Voluntaria se podrá considerar inexacto si partimos del hecho de que los actos que en ella se realicen no son del tipo jurisdiccional, pues no decide el juez una controversia entre partes ni tampoco son voluntarios, pues las partes interesadas no acuden al juez por voluntad sino que por disposición de la ley los particulares deben acceder a la competencia del juez.

En "Nociones de Derecho Procesal", los autores chilenos Alex Ausolomovich, German Lurhs y Ernesto Noguera señalan: "La razón histórica del por qué la actividad voluntaria es realizada por el juez, aún cuando esencialmente no le corresponde, la encontramos en el Derecho Romano". En Roma no había distinción de funciones de Estado y el Pretor era un magistrado que no sólo tenía que ver con las cuestiones judiciales sino que con muchas otras; por esto, cuando se encontraba con necesidades de hecho, como las de proteger incapaces, autorizar ciertos actos etc., los satisfacía por medio de la "cognitio extraordinaria". Al no existir separación de poderes y se debía de rodear de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado. Luego, algunas de estas atribuciones pasaron a los notarios o a otros oficiales públicos.

Estos actos, llamados de jurisdicción voluntaria o graciosa o no contenciosa, podemos decir que por su naturaleza jurídica no se justifican como actos de competencia judicial y que la única fuente que los justifican es la ley que hace obligatoria la intervención del juez. Estos actos, al no tener controversia entre partes que resolver, se convierten en actos administrativos, actos de particulares que requieren de la intervención de la autoridad, pero solo para dotarlos de autenticidad, de solemnidad, de certeza jurídica, pero que en definitiva no son actos de naturaleza, materialmente jurisdiccional.

Muchos autores han querido resolver efectivamente el discutido problema del fundamento de tal jurisdicción aceptándolo, en sus líneas generales, como una realidad presente, pero encaminando la reforma a un acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores del derecho que verdaderamente son más afines a la misma que la realidad judicial, como ocurre con los notarios, si entendemos la Jurisdicción Voluntaria como concepto antagónico de contienda, ya que la Jurisdicción Voluntaria, según Norman Cruz, declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa. Las resoluciones de estos actos no tienen la calidad de la cosa juzgada. No habiendo declaración de derechos controvertidos ni posibilidades de que haya oposición, no tiene por qué intervenir un juez. Tratándose de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención debe corresponder al Notario." Al igual que este autor, numerosos tratadistas están contentos en que la actividad notarial puede incluirse dentro del ámbito de la llamada Jurisdicción Voluntaria.

Los mal llamados actos de Jurisdicción Voluntaria o actos de jurisdicción no contenciosa, debían ser atribuidos a las autoridades administrativas, porque no implican un juicio, pero como ya señalamos, por razones históricas la ley los atribuye a los jueces por la imparcialidad que estos funcionarios han exhibido y la garantía de solvencia y de conocimiento jurídico que poseen. "También se los podría catalogar como actos judiciales obligatorios", es decir, darle un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, pues las partes deben promover ante el juez la instancia para obtener la declaración del derecho o el hecho objeto del acto, estando conteste en que no hay controversia que dirimir ni derecho que restablecer.

Las funciones del Juez y del Notario son muy semejantes; ambas funciones buscan los fines de la justicia: el Juez los de la justicia distributiva y el Notario los de la justicia conmutativa. Ambos le dan certeza al derecho, le imprimen el carácter de autenticidad y de valor al acto por ellos suscrito: la sentencia y la escritura pública,

y aunque no tienen el mismo valor, sí les imprimen a sus decisiones un carácter de eficacia "erga omnes".

Pues tanto el Juez como el Notario declaran el derecho, aplican la ley al caso concreto; de acuerdo o sin la conformidad de los interesados, ambas son funciones de justicia que persiguen la moralidad que en las relaciones civiles siempre va unida a la justicia; pero también tienen sus diferencias, pues el Notario actúa en sentido positivo" cuando las normas objetivas del derecho encuentran en la voluntad de las partes su adecuada aplicación. El juez interviene en sentido "negativo" solamente cuando se demuestra que alguna de esas voluntades se ha separado de las normas que le rigen. El Notario interviene en forma "preventiva", una actuación de profilaxis jurídica evitando contiendas futuras; el juez lo hace en forma "reintegradora" de una relación que ha sido quebrantada por la violación del cumplimiento de algunas de las partes. La intervención del Notario es rogada por las partes, por sus intereses aislados o recíprocos; la intervención del Juez es solicitada por las partes, por existir intereses contrapuestos a los efectos de sus respectivas intervenciones.

El Notario redacta el acto auténtico, que goza de la calidad de prueba plena (artículo 1317 del Código Civil con presunción "juris tantum", presunción de legalidad y verdad mientras no se impugne o se sentencie su falsedad; el juez publica la sentencia definitiva que produce el efecto de cosa juzgada.

Núñez Lagos, notario español, pasado presidente de la UINL, señala la diferencia del efecto del instrumento notarial y la sentencia de la siguiente manera: 1) El documento público obliga a juzgar conforme a él; la cosa juzgada obliga al Juez a no juzgar el mismo asunto; 2) El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante; 3) El documento notarial tiene la premisa por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela.

Se evidencia que la función notarial y la función judicial tienen diferencias, pues la declaración legitimadora notarial está subordinada a la decisión definitiva judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea perjudicado.

Estos actos tienen diversas denominaciones en el mundo del derecho latino. En Europa algunos autores los denominan "Actos de Potestad Ius Adicional" (Giménez Arnau); en Argentina, "Actos de Competencia Instrumental" (Gatari); en Francia, "Actos de Cámara de Consejo"; en Chile, "Actos Judiciales no Contenciosos"; en México y Guatemala, "Actos de Jurisdicción Voluntaria".

El I Congreso Internacional del Notariado Latino definió al notario latino como "el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confirmandoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función esta contenida la autenticación de los hechos"; y considero como aspiración que todos los actos de Jurisdicción Voluntaria sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial.

Pero como advirtiera el Notariado Español en su participación en el XX Congreso Internacional celebrado en Cartagena, al abordar este tema "La atribución al notariado de actos de Jurisdicción Voluntaria debe respetar la propia función notarial, es decir, hay que saber si se acomoda a la naturaleza de la función notarial de manera que su desplazamiento de la justicia ordinaria no encuentre incompatibilidad" (Cubides Romero). Para lograr esto hay que plantearse:

**Iro.-**Cuál es la función del notario dominicano, notario latino, como institución propia y adecuada a nuestro sistema jurídico de derecho latino, ya que nuestra legislación se ha formado sobre la base del derecho romano (Art. 1 de la Ley 301);

**2do.-** Que la actividad de los jueces en los actos de Jurisdicción Voluntaria no constituya propiamente actos jurisdiccionales, razón por la cual no son de necesario desempeño de los jueces;

**3ro.-** Cuáles de dichos actos constituyen propiamente actos notariales o que podrían ser desempeñados por el notariado, tomando en cuenta que como notariado de tipo latino deben concurrir en éste ciertas características como ser un jurista con competencia en las relaciones de derecho privado, cuya actividad plasma en un documento llamado escritura pública, cumpliendo determinadas formalidades; de este documento el notario conserva el original y la ley le dota de los atributos de legalidad, en tanto no sea impugnado, y autenticidad y, en consecuencia, de fuerza probatoria y ejecutoria, salvo falsedad.

**4to.-** Qué beneficio reportaría a la sociedad el llevar a sede notarial estos actos, si tomamos en cuenta la constante mundial: el colapso de la justicia como consecuencia de la judicialización de la vida social.

## **PRINCIPALES FUNCIONES DEL NOTARIO COMO NOTARIO LATINO.**

Los notarios son, a la vez, profesionales del derecho y oficiales públicos. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para obtener los logros deseados; y como oficiales ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario oye, ve y percibe por sus sentidos; b) y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a la norma. El notario latino reúne las condiciones de probada honorabilidad, capacitación técnica y responsabilidad como para poder asumir los actos de Jurisdicción Voluntaria compatibles con la función notarial con garantías de legalidad y eficacia, estando

llamado a prestar relevantes servicios a la seguridad jurídica y la paz social en el nuevo orden mundial de globalización de la economía y de una mayor apertura comercial.

Para determinar si dichas funciones constitutivas de la Jurisdicción Voluntaria atribuidas, como hemos dicho, por razones históricas, a los jueces, pueden ser asumidas por los notarios y en qué medida es preciso saber qué significa jurisdicción a quien está encomendada y si realmente los actos de Jurisdicción Voluntaria son jurisdiccionales o si tienen naturaleza jurídica distinta y, en consecuencia, si pueden ir a sede notarial. Para Guasp jurisdicción es una función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones.

Diversas opiniones señalan que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción porque el juez no juzga en ella y hace ejecutar lo juzgado con eficacia de cosa juzgada, pues no hay proceso, no existen pretensiones de una parte frene a otra.

Para Vicente Font Baix la jurisdicción Voluntaria no es verdadera jurisdicción, porque no concurren en ella los datos definidores de esta última, destacados por la doctrina procesalista: la aplicación o actuación del derecho."

La actuación de juez se limita a adoptar medidas de protección de las personas y patrimonios a homologar (acreditar determinados hechos y declarar que se han justificado), documentar, declarar cumplidas ciertas obligaciones; librar de responsabilidades, cancelar obligaciones, entre otras, por lo que podemos concluir diciendo que la Jurisdicción Voluntaria no es jurisdicción, solo es jurisdicción lo contencioso. En todo tipo de procesos, los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, y tienen la exclusiva del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En la Jurisdicción Voluntaria nada de ésto se produce, especialmente el más importante efecto de la actividad jurisdiccional: la cosa juzgada material.



Partiendo de estas consideraciones es que la Unión Internacional del Notariado Latino ha enfocado este tema en cinco congresos mundiales y en numerosas jornadas regionales, llegando a las siguientes conclusiones:

### **I CONGRESO - BUENOS AIRES. 1948:**

Que en la función del notario latino está la autenticación de hechos y que es aspiración que todos los actos de Jurisdicción Voluntaria sean atribuidos a la competencia notarial.

### **IV CONGRESO - RIO DE JANEIRO. 1956:**

En el tratamiento del tema Competencia Notarial.

- 1) Afirma que es fundamental la intervención notarial en la redacción de testamentos.
- 2) Considera función notarial específica el trámite sucesorio.
- 3) Formula el deseo de que las sucesiones se radiquen ante el notario, quien tendrá jurisdicción sobre ellas hasta lograr todos sus efectos jurídicos.
- 4) Auspicia la extensión de los registros de actos de última voluntad.
- 5) Recomienda la organización de un registro internacional de actos de última voluntad.

### **VIII CONGRESO - MEXICO. 1965:**

Declara como aspiración que se haga más ágil en el ámbito de cada ordenamiento la circulación de aquellas resoluciones de Jurisdicción Voluntaria por los jueces de otro ordenamiento.

## **XII CONGRESO - BUENOS AIRES. 1973:**

Declara que los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria en materia de reconciliación matrimonial, elaboración de acuerdos previos de divorcio, guarda de hijos y custodia y administración de bienes, deben ser confiados en los países de derecho latino a los notarios, y reclama de los países adheridos a la Unión la realización de las gestiones pertinentes para lograrlo.

## **XX CONGRESO DE CARTAGENA. 1992:**

"La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa"

La Comisión Primera del XX Congreso del Notariado Latino:

1) Concluye: Que la Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa" no es una verdadera y propia jurisdicción en sentido estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada.

2) Concluye: Que la necesidad de descongestionar los tribunales, para lograr uno de los bienes hoy en día más deseados en todos los países como es la agilización de la justicia.

3) Que un acrecentamiento cultural y social coloca al notariado latino a la vanguardia de las distintas categorías profesionales y lo sitúa como intérprete de primer grado, tanto de la norma como de los hechos y de la voluntad de los ciudadanos.

4) Que el notariado latino cuenta con la formación de profesionales del derecho investidos de fe pública, disponen de los medios técnicos jurídicos necesarios y desempeña ya algunas funciones que forman parte de la denominada "Jurisdicción Voluntaria o no Contenciosa".

Primera Comisión auspicia y recomienda que al notariado le sean encomendadas por los diversos ordenamientos nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada "Jurisdicción Voluntaria no Contenciosa", respetando la naturaleza de función notarial, tal y como ha sido definida por los precedentes congresos internacionales del notariado latino.

Propugna:

**1ro.** Que se acoja para el derecho notarial el término "COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS".

**2do.** Que no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora.

**3ro.** Que el proceso comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la disposición notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones.

**4to.** Que se establezca la independencia y autonomía de la actuación y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, excepción hecha de la impugnación en el procedimiento contencioso respectivo.

**5to.** Que se tenga la posibilidad de extender a los países que aún no cuentan con ello, la reglamentación en sede notarial de los siguientes asuntos:

a) Matrimonio, separación de cuerpos y divorcio consensuales.

b) Todo el procedimiento de la venta como consecuencia de los procesos concursales y ejecutivos en lo relacionado a la subasta.

- c) La facultad de ser designado el notario como arbitro en un tribunal de arbitraje.
- d) La constitución y cancelación del patrimonio de familia.

**6to.** La constitución de una Comisión integrada por cinco juristas para que elaboren un proyecto de ley marco.

Estas conclusiones han encontrado eco en numerosos países que han dictado leyes y decretos. Tenemos que en Guatemala puede tramitar ante notario: el matrimonio, las uniones de hecho, procesos sucesorios cuando todos los herederos están de acuerdo, y puede ser testamentario o intestato; ausencia, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes; reconocimiento de preñez o de parto; cambio de nombre; partidas y actas de registro civil; determinación de edad, patrimonio familiar y adopción. Asimismo encontramos en otros países (Colombia, El Salvador, Mexico, Puerto Rico, Cuba, en donde al igual que Colombia también pueden celebrar matrimonios) etc.

Recientemente, el 20 de noviembre de 1996, el Notariado de Perú recibió la Ley 26662 mediante la cual se llevan a sede notarial seis asuntos: Rectificación de partidas; adopción de personas capaces; patrimonio familiar; inventarios; comprobación de testamentos y sucesión intestata.

Esto viene sucediendo en América, igual Europa, ya que se conocen los alarmantes costos de la administración de justicia en los EE.UU. de América, donde no existe un notariado de tipo latino. El sistema jurídico de dicho país, desarrollado en mecanismo de responsabilidad, consumió durante el año 1987 la suma de 117,000 millones de dólares sobre los 40,000 millones de dólares gastados en el año 1980. Igual ha sucedido en la medición del Gross National Product, donde el índice de costo de la responsabilidad, estimado en 50 para el año 1930, creció a 300 en la década de los 80, o sea seis veces más. Estas cifras constituyen preocupación para el Gobierno y deben ser evaluadas por quienes, seducidos por el

pragmatismo anglosajón y la celeridad documental de que disponen, pretenden introducir en nuestros medios la organización propia del Common Law.

Las aparentes ventajas que se ponderan, prontamente muestran la falta de una tutela efectiva de los intereses de las partes negociales. Las relaciones jurídicas en el Common Law se desenvuelven como verdaderas estrategias de combates, donde prevalece el que se encuentra en posiciones de mayor fuerza, astucia y dinero.

Sólo por la vía judicial se puede intentar corregir esta desigualdad, con el consiguiente atascamiento de los tribunales. De los costos de administración de justicia han surgido dos categorías de individuos: Los ricos, que pueden recurrir a una eficaz defensa jurídica, multiplicar los pleitos y esperar sus resultados, aunque sea por varios años; y por otra parte los desposeídos, que disponen de la posibilidad de litigar sin gastos, por la situación en que se encuentran y por obra de la asistencia estatal brindada.

La sociedad moderna debe disponer de medios precautorios que garanticen, que afiancen la seguridad de la contratación y la conclusión de relaciones en el ámbito de la normalidad sin conflicto.

Los conocimientos jurídicos e imparcialidad de que goza el notario de tipo latino le permiten desarrollar la función de informar a las partes de los alcances y límites de sus derechos hasta las ulterioridades previsibles. Esta intervención calificada, erigida principalmente para evitar litigios, ha permitido que solamente un 3% de los documentos notariales llegue efectivamente a juicio.

En nuestro País, desde el año 1984, el Dr. Mignolio Pujols, Consejero Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, viene hablando de Jurisdicción Voluntaria, la "conveniencia de proponer las enmiendas de ley que permitan otorgarle al notario la importancia que debe tener en el quehacer jurídico del Estado".

Es el momento en que debe propiciarse un incremento de las competencias notariales mediante las gestiones pertinentes entre los poderes legislativos nacionales, para que se asignen al notariado todos aquellos que conduzcan a un perfeccionamiento en la prestación de la función en el servicio a la seguridad jurídica y a la prevención de conflictos que el notariado tiene atribuido, incidiendo en la necesidad de contribuir a la defensa de los consumidores y usuarios, acercando la intervención notarial a la fase de formación de la voluntad en el contrato, logrando el cierre registral donde no lo haya, para evitar fraudes e implantar o proseguir y perfeccionar la competencia de gestión administrativa de los documentos autorizados hasta el final de su proceso de constancia registral y correcto pago de los impuestos correspondientes; todo ello como medio de prevención de conflictos que congestionan, como actualmente, los tribunales. El notario, al prevenir el conflicto, participa de una administración de justicia mucho más económica y humana.

Los litigios lentos y costosos no resultaron respuestas frente a lo incierto de la contratación. Por todo, se medita la innegable utilidad que significa la unión ab-ignitio de la autenticidad documental con el asesoramiento imparcial el suministro de toda información jurídica necesaria, brindada simultáneamente con la formalización del contrato. Cuando en política legislativa cabe el imperativo de optar entre ambos sistemas, el notariado de tipo latino culmina por imponerse abiertamente.

Las notas de certeza, legalidad, imparcialidad y actuación pública dan a su cometido características peculiares frente a las cuales la organización social y moderna no queda indiferente. Por todo ello puede catalogarse la presencia notarial dentro de la contratación como el desempeño de un órgano comunitario especialmente dotado para optimizar sus finalidades, ya que si bien es una función pública, al estar distanciada de la administración estatal, asegura la preeminencia del derecho y al mismo tiempo la privacidad en los casos necesarios.

Esta situación social de alcance mundial permite que la profesión de notario se desarrolle al demostrar que su presencia garantiza una solución armónica, directa y humana, preventiva de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones y la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica imparcial.

La Unión Internacional del Notariado Latino, consciente de esta bonanza, promueve a nivel internacional la imagen del notario moderno, uniendo las grandes ventajas de la autenticidad, imparcialidad y de la perennidad de sus actos a las cualidades ya mencionadas. Puede llevarse a los Jefes de Estado, Supremas Cortes de Justicia, el interés que tienen sus respectivas sociedades de recurrir de modo más intenso a esa forma menos costosa, más ágil, de la administración del derecho y la justicia que ofrece el sistema notarial.

---

Charla dictada por la DRA. RHADYS I. ABREU DE POLANCO, Presidenta de la ASOCIACION NACIONAL DE ABOGADAS (ANA) y Presidenta de la Comisión de Asuntos Americanos de la UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO (UINL), en fecha 29 de enero de 1997, en el Coloquio Jurídico organizado por la oficina Russin, Vecchi & Heredia Bonetti en coordinación con la Escuela de Derecho de la Universidad APEC y el Centro de Investigacion y Estudio de Derecho Empresarial, Inc. (CEDEMPRESA).